NATUR UND WIRKUNGEN

DER VEREINBARUNG

DASS GESCHULDETES GELD KÜNFTIGHIN ALS DARLEHN GESCHULDET WERDEN SOLL.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN JURISTENFAKULTÄT DER UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

J. SCHMITZ
REFERENDAR
AUS CREFELD

ROSTOCK
CARL HINSTORFFS BUCHDRUCKEREI
1902

Dem

Andenken meines teuren Vaters

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0018

Disposition.

A. Einleitung.

§ 1. Zu der von jeher herrschenden lebhaften Controverse über die Natur unserer Vereinbarung und die sich an diese knüpfenden Wirkungen hat das BGB. keine Stellung genommen.

B. Ausführung.

I. Grundlage zum Thema:
Das Darlehn ist sowohl nach gemeinem Recht wie nach BGB. Realvertrag.

§ 2. 1. Es giebt im modernen Recht noch Realverträge.

§ 3. 2. Das Darlehn ist Realvertrag.

II. Thema:

I. Teil. Die Natur der Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll.

Möglichkeit der Konstruktion:

§ 4. 1. eines wirklichen Darlehns, erklärt durch fingierte Solution der geschuldeten Summe und Numeration der Darlehnsvaluta.

§ 5. Verhältnis des materiellen Darlehns zum prius debitum, Ausschluss einer Novation.

2. eines abstrakten Schuldvertrages.

§ 6. a) Kurze Charakteristik der abstrakten Rechtsgeschäfte,

§ 7. b) Möglichkeit der Konstruktion eines abstrakten Schuldvertrages,

§ 8. c) Verhältnis dieses Schuldvertrages zum prius debitum: Er kann novatorischer oder accessorischer Natur sein.

II. Teil. Die Wirkungen der Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll:

1. bei der Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit,

§ 9. a) die gemeinsamen Wirkungen für novatorisches und accessorisches Schuldverprechen,

§ 10. b) die verschiedenen Wirkungen für beide Arten von Schuldversprechen,

§ 11. 2. bei der Begründung eines wirklichen Darlehns.

C. Schluss.

§ 12. Welches ist die praktisch am häufigsten vorkommende Konstruktion?

Litteraturangabe.

Arndts Pandekten.

Bähr, Anerkennung als Verpflichtungsgrund 2. u. 3 Aufl.

Bülow, Archiv für civilistische Praxis Bd. 62.

Brinz, Pandekten.

Kritische Blätter B. I. No. I. 1852.

Code civil,

Cosack, bürgerliches Recht B. I. 2. Aufl.

Crome, Grundzüge des französischen Obligationenrechts 1894.

partiarische Rechtsgeschäfte 1897.

Dankwardt, Aufsatz in Nationalökonomie und Jurisprudenz Heft 3.

Demelius, Realverträge im heutigen Recht;

Rechtsfiktionen in ihrer geschichtlichen und dogmatischen Bedeutung 1858.

Dernburg, Pandekten 6. Aufl.;

Lehrbuch des preussischen Privatrechts 2. Aufl.

bürgerliches Recht 1899.

Eccius-Förster, preussisches Privatrecht 5. Aufl.

Eisele, Zeitschrift für schweizerisches Recht B. III.

Engelmann, bürgerliches Recht 1897—98.

Endemann, bürgerliches Recht B. II. 3. Aufl.

Entscheidung des Reichsgerichts B. XIV. S. 210.

Fischer-Henle, Kommentar zum BGB. Ausg. 1897, Ausg. 1898.
Gide, Études sur la novation et le transport des créances. Ausg. 1879.
Gneist, formelle Verträge des römischen Obligationenrechts, 1845 Ausg.
Hasenörl, österreichisches Obligationenrecht B. I.
Huschke, Lehre des römischen Rechts vom Darlehn, 1882 Ausg.
Hruza, Die Novation, 1881 Ausg.
Ihering, Geist des römischen Rechts, 1877 Ausg.
Keller, Pandekten, 1861 Ausg.
Klemperer, in Gruchots Beiträgen B. 43.
Kohler, Archiv für bürgerliches Recht B. II. 1889.
Krahmer, Der Darlehnsbegriff des BGB. I. D. Halle 1900.
Liebe, Die Stipulation und das einfache Versprechen, 1840.
Motive zum Entwurf des BGB. B. II.
Örtmann, Kommentar z. BGB.; Schuldverhältnisse 1899.
Österreichisches Gesetzbuch.
Planck, bürgerliches Recht-Kommentar.
Protokolle der zweiten Lesung des BGB.
Puchta, Pandekten, 10. Aufl., 1866.
Reinhold, Natur der sog. Realverträge.
Römer, bedingte Novation, 1863.
Sächsisches Gesetzbuch.
Salkowski, zur Lehre von der Novation, 1866.
v. Salpius, Novation und Delegation, 1864.
v. Schey, Das Darlehn, 1890. Heft I.
Seuffert's Entscheidungen B. 17.
Sohm, Institutionen 1898.
Schollmeyer, bürgerliches Recht.

Storch, der heutige insbesondere landesrechtliche Darlehnsvertrag.
Unger, Aufsatz in Iherings Jahrbüchern B. VIII.
Vangerow, Pandekten 6. Aufl. 1863.
Wendt, Pandekten 1888.
Windscheid, Pandekten 7. Aufl.

A.

§ 1.

Nicht selten begegnet uns im Leben die Vereinbarung, dass der Gläubiger seinem Schuldner gestattet, das Geld, welches ihm dieser aus einem Kaufvertrage, Mandatsverhältnis u. s. w. schuldet, künftighin als Darlehn zu behalten. Die Frage nach der Natur und den Wirkungen einer solchen Vereinbarung hat von jeher zu den lebhaftesten Kontroversen Anlass gegeben und auch heute noch führt sie uns auf eines der bestrittensten Gebiete der Jurisprudenz. § 607$_2$ BGB. bestimmt lediglich: „Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, dass das Geld oder die Sachen als Darlehn geschuldet werden sollen". Zu dem Streit über die Natur unserer Vereinbarung hat der vorstehende Paragraph keine Stellung genommen. Aus den Motiven zu dem mit § 607$_2$ inhaltlich übereinstimmenden § 454 Entw. I ist über diesen Punkt nichts zu entnehmen, und auch die Erörterungen zum zweiten Entwurf lassen erkennen, dass innerhalb der zweiten Kommission über die Natur der Vereinbarung im Sinne unseres Themas keine Übereinstimmung erzielt wurde. Es soll nun unsere Aufgabe sein, in folgendem den durch § 607$_2$ zugelassenen Vertrag auf seine Natur und die Wirkungen, welche sich an diese knüpfen, hin zu untersuchen.

B.

I.

Eine für die Beurteilung der uns gestellten Aufgabe überaus wichtige Frage nehmen wir der besseren Übersicht wegen vorweg und behandeln sie als Grundlage zum Thema, um sie später als bekannt voraussetzen zu können, nämlich die Frage nach der Realnatur des Darlehns.

§ 2.

Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir uns zunächst darüber klar werden, ob es im modernen Recht überhaupt noch Realverträge giebt. Wendt[1] definiert den Realvertrag als eine Vereinbarung, bei der das Geben und Nehmen einer Sache, der Empfang einer Leistung, als diejenige civilis causa debendi erscheine, welche das Recht verlange und die deshalb als mit der Form gleichwertig die Stipulation zu ersetzen vermöge. Für das römische Recht steht die Existenz von Realverträgen ausser allem Zweifel. Zwar behauptet Reinhold,[2] im römischen Rechte seien die Realkontrakte stets Consensualkontrakte gewesen, weil es Realverträge überhaupt nicht geben könne, und Storch,[3] in „Rom" habe es keine Realkontrakte gegeben. Die Wissenschaft[4] hat aber schon so oft und erfolgreich die Unrichtigkeit dieser Behauptungen dargelegt, dass sich eine diesbezügliche Kritik erübrigt.

[1]) a. a. O. S. 478.
[2]) a. a. O. S. 31.
[3]) a. a. O.
[4]) u. a. Krahmer, Darlehnsbegriff nach BGB. I.-D. Halle. S. 20—25.

Für das gemeine Recht dagegen wollen manche Autoren (im Gegensatz zum römischen Recht) Realverträge nicht gelten lassen; denn so argumentiert man, nachdem jedes Versprechen gültig und klagbar sei, sei jeder Vertrag Konsensualvertrag. So leugnet Dankwardt[1] die Existenz von Realverträgen. Die deutsche Volksüberzeugung gründe die Verpflichtung des Empfängers nicht auf die Hingabe der Sache sondern auf den Konsens. Die Hingabe der Sache sei nur wesentlich, um die bis dahin bedingte Pflicht zur Rückgabe zur unbedingten zu machen. Unseres Erachtens aber kann eine für sich allein dastehende Verpflichtung zur Rückgabe vor der Hingabe überhaupt nicht gedacht werden. Sohm[2] meint, nach gemeinem Recht könne „grundsätzlich" jede Schuldverpflichtung durch blossen formlosen Konsens in gültiger und klagbarer Weise begründet werden, das Prinzip der Konsensualkontrakte habe den Sieg über den Formalismus der alten Zeit davongetragen. Ob Sohm von diesem Grundsatz zu Gunsten der Realverträge eine Ausnahme macht, ist aus den Institutionen nicht ersichtlich. Unger[3] lässt nur noch diejenigen Verträge als Realverträge gelten, bei denen der Empfänger die res und damit seine Verpflichtung beliebig abändern könne, die also lediglich den Vorteil des Empfängers bezwecken. Aber wir bezweifeln mit von Schey,[4] dass dieser Vorteil wirklich ein brauchbares Kriterium für die Beurteilung

---

[1]) a. a. O. S. 63—64.
[2]) a. a. O. S. 361.
[3]) a. a. O. S. 1 ff.
[4]) a. a. O. S. 44.

der Natur von Rechtsgeschäften ist. Nach Brinz[1] liegt noch überall da ein Realvertrag vor, wo in bindender Absicht eine Sache gegeben und genommen wird. Die Gabe ist die Grundlage des Vertrages — subest causa, — die res das Bindemittel — re contrabitur. Während aber Brinz das Hauptgewicht auf die res legt — „zu der res kommt das Versprechen, nicht zum Versprechen die res." — ist unseres Erachtens jeder Vertrag Realvertrag, bei dem nach dem Parteiwillen consensus und res gleichwesentliche Bestandteile des Vertrages sind, und eine Verpflichtung des Empfängers erst dann entstehen soll, wenn die res unter consens gegeben und genommen ist. So haben doch auch heute noch die Rechtsnormen, welche § 688 BGB. für den Verwahrungsvertrag aufstellt, neben der Vereinbarung die bereits erfolgte Auslieferung der zu verwahrenden Sache an den Verwahrer zur Voraussetzung. Dieses Beispiel zeigt recht deutlich, wie hinfällig jene Anschauung ist, das moderne Recht kenne nur noch Konsensualverträge. Es giebt auch heute noch Verträge, die nach einer konkreten Rechtsordnung als solche ohne Sachleistung nicht — auch nicht bedingt — bestehen können. Zu dieser Sachleistung tritt hinzu als ein gleichwesentlicher Bestandteil des Realvertrages der Konsens. Realvertrag = res + consensus. Jede Vereinbarung, welche der Sachleistung vorausgeht, fällt ausserhalb des Bereichs des Realkontraktes, denn ohne res kein Realvertrag. Die Hingabe ist nicht schon, wie Demelius[2] behauptet,

[1]) Krit. Blätter S. 19 ff.

[2]) Realverträge im heutigen Recht S. 399 ff.

Ausführung des Vertragswillens, und auch Hasenörl[1] hat Unrecht, wenn er die Hingabe nur als Erfüllung eines bestehenden Vertrages gelten lassen will.

§ 3.

Auch nach dem BGB. bleibt bestehen, dass die Übergabe einer Sache ein materielles Erfordernis zur Begründung einer Schuldverpflichtung in den Fällen der Realkontrakte ist, denn der Gegensatz zwischen Real- und Konsensualkontrakten ist keine national-römische Erfindung, sondern liegt in der Natur der Sache. Wie bereits auf S. 11 erwähnt, ist die Fassung des BGB. im § 688 so gewählt, dass der gesetzlich gegebene Anspruch und die Verpflichtung neben der blossen Vereinbarung den Vollzug der Übergabe voraussetzen. Dass für das BGB. die Existenz von Realverträgen ausser allem Zweifel steht, betont vor allem Dernburg BGB. B. II. S. 172 und Cosack BGB. S. 495. Auch nach Endemann BGB. S. 449 giebt es im bürgerlichen Gesetzbuch typische Gruppen von Schuldverhältnissen, bei denen die Schuldverpflichtung erst beginnt mit einem ihrer konkreten Natur entsprechenden realen Vollzugsakte.

Ist nun das Darlehn ein Realkontrakt?

Unter Darlehn versteht man die Hingabe einer Quantität vertretbarer Sachen zu Eigentum mit der Verabredung der Rückgabe von tantundem eiusdem generis. Kohler[2] hält das Darlehn stets dann für einen Konsensualkontrakt, wenn ein Darlehnsversprechen

[1]) a. a. O. § 26.
[2]) a. a. O. S. 211 ff.

vorhergeht. Nach der richtigen Meinung geht das pactum de mutuo dando als selbständiger Vertrag dem eigentlichen Darlehnsvertrage voraus, und aus diesem Darlehnsversprechen kann nur auf Abschluss des Darlehnsvertrages geklagt werden. Kohler vereinigt dagegen diese beiden Kontrakte zu einem einzigen Vertragsverhältnis mit der Wirkung, dass auf Grund des Darlehnsversprechens auf Vertragserfüllung geklagt werden könne. Weil seine Lehre den Lebensverhältnissen besser entspräche — denn nicht das Leben müsse sich der Konstruktion, sondern die Konstruktion sich dem Leben anpassen, — glaubt Kohler der herrschenden Doktrin widersprechen zu dürfen. Mit Unrecht behauptet eine neuere Theorie[1] das Zuzählen der Valuta geschähe nicht credendi sondern solvendi causa, indem sie das Verhältnis zwischen dem pactum de mutuo dando und dem Darlehn auffasst wie das Verhältnis zwischen Vertragsabschluss und Vertragserfüllung. Wir stimmen der althergebrachten Rechtsanschauung zu, nach der die Hingabe der Darlehnssumme nicht als Erfüllung des Darlehnsvertrages durch den Gläubiger, sondern, falls überhaupt eine diesbezügliche Verpflichtung vorausging, als Erfüllung des Vertrages und zugleich als Entstehungsgrund der Darlehnsschuld erscheint. Unbegreiflicher Weise behauptet Hasenörl,[2] die ganze Frage habe nur theoretisches Interesse. Die Trennung von Vorvertrag und Darlehn hat im Gegenteil praktische Konsequenzen von grösster Bedeutung. Oder ist es vielleicht gleich-

[1]) Ausser Kohler u. a. Eccius-Förster a. a. O. B. II. § 137.
[2]) a. a. O. No. 36.

gültig, ob beispielsweise der Kläger die Hingabe der Valuta als Entstehungsgrund der Obligation zu beweisen hat, oder ob die Klage schon durch die blosse Berufung auf den Abschluss eines pactum de mutuo dando substanziiert erscheint? Gegen die obige Auffassung, welche Darlehn und Darlehnsvertrag zu einem Rechtsverhältnis zusammenzieht, wendet sich Huschke[1] mit Bezug auf das verzinsliche Darlehn. Wenigstens das beredete verzinsliche Darlehn aber jetzt als einen Konsensualkontrakt anzusehen, ist nur ein moderner die Natur der „Sache und alle geschichtliche Entwicklung des Rechts verleugnender Gedanke." Dernburg[2] bemerkt, dass die Auffassung von der Konsensualnatur des Darlehns, mag es verzinslich oder unverzinslich sein, nicht die historisch gegebene ist. Denn die Hauptverpflichtung des Empfängers entsteht nicht lediglich durch Vereinbarung, sondern zugleich durch die Darlehns-res. Res und consensus sind gleichwesentliche Bestandteile des Darlehnsgeschäftes, die Obligierung ist der Zweck, die res das Mittel. In diese beiden Bestandteile und in das gegebene Verhältnis beider zu einander konsentieren beide Parteien, so oft ein Darlehn gegeben und genommen wird.[3] Auch nach Windscheid[4] ist der Darlehnsvertrag Realkontrakt, und Brinz[5] bemerkt ausdrücklich, dass man nicht Darlehnsschuldner wird, ohne etwas bekommen zu haben. Der Code civil Art. 1892, das österreichische Gesetzbuch § 983 definieren den

[1]) a. a. O. S. 27.
[2]) pr. Privatrecht II B. S. 463. (Anm. 2).
[3]) Eisele a. a. O. B. III.
[4]) a. a. O. II, B. S. 424 Anm. 2.
[5]) Pand. II. S. 474.

Darlehnsvertrag als Realkontrakt. Diese Auffassung steht auch mit der Anschauung des Verkehrs im Einklang, nach der der Empfänger erst dann verpflichtet werden soll, wenn die res unter consens gegeben und genommen wird.

Das BGB. selbst trifft keine Bestimmung über die Real- oder Konsensualnatur des Darlehns. Aber, so behaupten die Gegner, da das Darlehn nach § 607 2 durch blosse Vereinbarung zu stande kommen kann, ist das Darlehn ein Konsensualvertrag. Bei der Frage nach der Natur der Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll, werden wir dagegen zeigen, dass sich hier keineswegs „eine Nebenform entwickelt hat, die auf der Grenze der Konsensualverträge steht",[1] dass vielmehr auch hier res und consensus, die beiden Erfordernisse eines Realvertrages, vorhanden sind. Auch gegen die Argumentation, durch welche Krahmer[2] seine Ansicht von der Konsensualnatur des Darlehns nach BGB. zu rechtfertigen sucht, müssen wir Einspruch erheben. Nachdem er zugegeben hat,[3] dass gewisse Darlehnsverpflichtungen an die Hingabe gebunden sind, sagt er: „Die Durchsicht[4] endet günstigstenfalls mit einem non liquet, das bedeutet aber bei der Erklärungspflicht des Gesetzbuches: „Das Darlehn ist nicht als Realkontrakt geregelt." Unseres Erachtens verdient nachstehende Schlussfolgerung den Vorzug: „Ist aus den Bestimmungen des Gesetzbuches nicht ersichtlich, ob der Darlehns-

[1]) So v. Salpius a. a. O. S. 326.
[2]) a. a. O. S. 40/41.
[3]) a. a. O. S. 40.
[4]) derjenigen Momente die nach ihm für die Realnatur des Darlehns zu sprechen scheinen.

vertrag als Real- oder Konsensualkontrakt erscheint, so müssen wir jener Auffassung zustimmen, welche die historisch gegebene ist.“ Das ist aber die Auffassung von der Realnatur des Darlehns. Wenn Krahmer die Konsensualnatur des Darlehns beweisen will, so muss er schon andere Gründe vorbringen. Das Darlehn ist auch nach BGB. Realvertrag. Zweifellos haben die Verfasser des Entwurfs der Realvertragstheorie den Vorzug gegeben. So berichten die Motive:[1] „Unleugbar bleibt, dass der Darlehnsvertrag sich von den Verträgen, die man bisher als Konsensualverträge zu bezeichnen pflegte, in manchen nicht unerheblichen Punkten unterscheidet.“ Sie weisen dann auf die bedenklichen Folgen hin, die sich aus der Auffassung des Darlehns als eines Konsensualkontraktes ergeben. So könnte beispielsweise auf Rückerstattung geklagt werden, ohne dass der Kläger den Valutaempfang zu behaupten habe. Die Motive schlagen dann die Wahl einer Fassung vor, die zum Ausdruck bringe, dass die Erstattungspflicht notwendig den vorherigen Empfang des Darlehns voraussetzt. Aus dem Wortlaut des § 607: „Wer Geld u. s. w. empfangen hat,“ geht hervor, dass auch nach BGB. an der Auffassung des Darlehns als eines Realvertrages festzuhalten ist. Das betont auch Endemann[2]: „Die Natur des Darlehns als Realkontrakt ist in den Gesetzesworten deutlich zum Ausdruck gebracht“. Dernburg:[3] „Das Darlehn ist auch nach BGB. Realvertrag.“ Nach Cosack[4] erscheint

[1]) S. 306.
[2]) a. a. O. S. 204. B. II.
[3]) bürg. R. B. II. S. 204.
[4]) Cosack a. a. O. S. 502.

der Darlehnsvertrag regelmässig als Realkontrakt. In wie weit diese Regel jedoch Ausnahmen erleiden soll, ist dort nicht erwähnt. An einer anderen Stelle [1] sagt Cosack, der Darlehnsmakler werde eine Belohnung erst dann fordern können, wenn er nicht nur eine Vereinbarung über ein künftig zu gebendes Darlehn, sondern die thatsächliche Hingabe des Darlehns erzielt habe. Auch Crome [2] bestätigt unsere Behauptung von der Realnatur des Darlehns nach neuerem Recht: „Jede andere Auffassung ist gekünstelt, presst das Leben in die Schablone grauer Theorie und richtet sich, nicht etwa durch Mangel an Logik, aber durch den mangelnden Contakt mit dem, was täglich vor unseren Augen vorgeht."

Wir kommen somit zu dem Resultat:

„Es giebt im heutigen Recht noch sehr wohl Realverträge,

Das Darlehn ist Realvertrag".

I. Teil.

§ 4. II.

Die Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll, lässt die juristische Konstruktion eines materiellen Darlehnsvertrages zu.

Die Richtigkeit dieser Behauptung würde wohl kaum jemand anzweifeln, wenn wir der Auffassung von

[1]) I § 142.

[2]) part. Rechtsgeschäfte S. 502.

der Konsensualnatur des Darlehns folgten. Nachdem wir aber für die Realnatur des Darlehns eingetreten sind, hat es den Anschein, als ob die „blosse Vereinbarung", dass geschuldetes Geld u. s. w., den Anforderungen, wie sie unser Realkontrakt stellt, niemals gerecht werden könnte. Wir haben gesehen, dass ausser dem übereinstimmenden Geben- und Nehmenwollen auch noch Übereignung der Darlehnsvaluta verlangt wird. Dass unsere Vereinbarung den Darlehnskonsens aufweisen kann, wird wohl niemand in Abrede stellen. Wie steht es aber mit der Übergabe der Darlehnsres? Es soll nun in folgendem gezeigt werden, dass unsere Vereinbarung auch diese aufweist, dass somit der Begründung eines wirklichen Darlehns nichts im Wege steht.

Der Darlehnsvertrag setzt Eigentumsverschaffung voraus. Ob jedoch das Eigentum direkt oder indirekt geschafft wurde, war, als das römische Recht sich zu einer freieren Auffassung erhob, gleichgültig. So genügte es, wenn der Empfänger das empfangene Fremde ersass[1] oder mit dem Seinigen vermischte.[2] Der um ein Darlehn Angegangene giebt eine Sache, damit der Empfänger sie verkaufe und den Erlös als Darlehn behalte.[3] Oder der Gläubiger bewirkt die Hingabe zwar nicht selbst, lässt dagegen dasjenige, was er von einem Dritten einzunehmen hat, durch diesen an den Darlehnsschuldner auszahlen.[4] Die der fortschreitenden Entwicklung des Verkehrs entsprechende freiere Behandlung der Dar-

[1]) arg. l 15 § 1 D de cond. ind. 12,6. l. 60 D. de solut. 46,3.
[2]) l. 78 de solut. 46,3.
[3]) l. 11. pr. D. h. t., l. 9 C. si cert. 4,2.
[4]) l. 15. D. h. t.

lehnsres gestattete endlich die Vereinbarung, dass geschuldetes Geld zur Darlehnsschuld gemacht wurde. „Das römische Recht, so berichtet Wendt[1] über diese Entwicklung, hatte jene ältere Anschauung, die das Geben und Nehmen rein äusserlich nahm, überwunden und dieses sog. abire in creditum als mit der Theorie des Realvertrages noch im Einklang stehend anerkannt. Die Möglichkeit der Verwandlung einer zwischen denselben Parteien aus einem anderen Rechtsgrunde stammenden Verpflichtung auf Zahlung einer Geldsumme in ein wirkliches Darlehn war unbestritten in Bezug auf eine Schuld ex deposito[2]: „Deposui apud te decem, Nerva, Proculus etiam antequam moveantur quasi mutua, tibi haec esse ajunt: Et est verum ut et Marcello videtur, Animo enim coepit possidere, ergo transit periculum ad eum, qui mutuum rogavit et poterit ei condici.“[3] Aus der l. 24 pr. D. mand. 17,1 ergiebt sich, dass die freiere Auffassung der Zeit Julians noch nicht geläufig war. Denn Afrikanus leugnet auf das Bestimmteste die Möglichkeit dieser Umwandlung für jede andere Art von Schuld als die Schuld ex deposito. Allerdings reskribierten Diokletian und Maximian[4] noch im Sinne Afrikans. Die von diesem geleugnete Möglichkeit wird aber von Ulpian einige Zeit später in vollem Umfange anerkannt. Zwar spricht er in seiner l. 15 D. de reb. cred. 12,1 von der Verwandlung des Debitum aus dem Mandatsverhältnis. Dieses Mandatsverhältnis hat er aber nur

---

[1]) a. a. O. S. 589.
[2]) v. Salpius, a. a. O. S. 324.
[3]) l. 9 § 9 de reb. cred. 12, 1.
[4]) l. 6. C. 4,2 si cert. petat.

als Beispiel dafür angeführt, dass ex omni contractu pecuniam creditam fieri posse. Unsere Auffassung wird nämlich von Ulpian selbst durch l. 3 § 3 de S. C. Macedoniano 14,6 als richtig bestätigt: „Etsi ni creditum abii filio familias vel ex causa emptionis vel ex alio contractu, in quo pecuniam non numeravi et si stipulatus sim, licet coeperit esse mutua pecunia tamen quia pecuniae numeratio non concurrit cessat senatus consultum. Diese Stelle kann dadurch leicht missverstanden werden, dass man die Worte: „si stipulatus sim" so deutet, als ob die Verwandlung einer Schuld in ein Darlehn von der Stipulationsform abhängig wäre. Vor einer solchen Auffassung warnt ganz entschieden Salkowski[1] und auch nach von Salpius[2] wollen die Worte nur eine zusätzliche Möglichkeit andeuten, als wenn gesagt wäre: „sive stipulatus sim, sive non." Auf beide Fälle beziehe sich der Ausspruch: „Coepit esse mutua pecunia." Weil die Ulpian'sche Meinung zu ihrer Rechtfertigung zweier Fiktionen bedarf, nämlich, dass der Schuldner dem Gläubiger gezahlt hat, und dass hierauf der Gläubiger dem Schuldner das Gezahlte wiedergegeben hat, wodurch ein materielles Darlehn begründet wurde, hat man mit Unrecht die juristische Konstruktion eines wirklichen Darlehns verworfen. (so Diokletian und Maximian) Jede Fiktion, so rufen die Gegner, ist ein ungelöstes Problem und stellt sich selbst als solches dar. Dem möchten wir mit Bülow[3] entgegnen: „Immerhin mag man über die geringe Eleganz

[1]) a. a. O.
[2]) a. a. O.
[3]) a. a. O. S. 1.

des Kunstgriffes „Fiktion“ abfällig urteilen, das plumpe Mittel hat sich in langem, vielfältigem Gebrauche als ein sehr geschicktes, kurz und sicher zum Ziele führendes erprobt.“ Demelius[1] und Ihering[2] haben das Wesen der Fiktion so treffend geschildert, dass „ihrer früheren oft lächerlichen Verkennung und den auch noch in neuerer Zeit gehegten Illusionen über ihr dämonisches Walten für immer ein Ziel gesetzt sein sollte.“ Beruht doch auch der Kompensationsvertrag auf einer fingierten beiderseitigen Zahlung. Wenn A und B die Aufrechnung ihrer Forderungen verabreden, so wird das so angesehen, als ob sie das Geld wirklich hin und her gezahlt hätten. Diese unnütze Formalität ist ihnen gesetzlich erlassen. Warum soll denn nun der Schuldner die etwa aus einem Kaufvertrage geschuldeten tausend Mark dem Gläubiger bar auszahlen, um gleichdarauf dieselbe Summe, dieselben Geldstücke von ihm als Darlehn zurückzubekommen? Weist unsere Vereinbarung zur Erreichung desselben wirtschaftlichen Effektes nicht einen viel einfacheren Weg? Die Jurisprudenz, so heisst es immer, soll sich soviel wie möglich, dem Leben anpassen. Muss auch ihr nicht das zwecklose Hin- und Herzahlen als überflüssig erscheinen? Die Annahme einer Fiktion auf Hin- und Herzahlen, also auf Eigentumsübertragung in doppelter Richtung: „videtur miti data pecunia et a me ad te profecta“ ist daher durchaus gerechtfertigt und widerspricht keineswegs der Realnatur des Darlehns.[3]

[1]) Rechtsfiktionen 1888.

[2]) Geist des r. R. S. 293—301.

[3]) Auch nach v. Schey S. 85 steht der Verwandlung anderer Schulden gerade in Darlehnsschulden durch blossen Vertrag die Realnatur des Darlehns nicht entgegen.

Durch Annahme einer Fiktion wird das Darlehn auch keineswegs ein fingiertes, wie Kohn[1] will. Dernburg[2] schildert uns, wie sich die Römer die Konstruktion eines materiellen Darlehns offenbar dachten. Das Darlehn käme ja auch zu stande, wenn in derartigen Fällen der Summenschuldner die schuldigen Gelder an seinen Gläubiger auszahle, und dieser sie als Darlehnsvaluta zurückübereigne. Das zwecklose Herüber- und Hinüberschieben der Gelder könne füglich durch eine Gedankenoperation ersetzt werden. Wendt[3] fasst den rechtlichen Vorgang auf als Kompensation zwischen der Solutionsleistung einerseits und der Darlehnszahlung andererseits und stützt sich auf den Grundsatz: dedisse intellegendus est etiam is qui compensavit, um die Konstruktion eines materiellen Darlehns zu rechtfertigen. von Schey[4] lehnt die Begründung eines wirklichen Darlehns durch Fiktion ab. Nach ihm wird aber auch hier vom Gläubiger dem Schuldner ein Kapital zur Nutzung überlassen, das Kapital nämlich, welches der Darleiher als Forderung von dem Entlehner selbst ausstehen hatte. Die Hingabe des Darlehns vollziehe sich in der Befreiung des Letzteren von seiner bisherigen Schuld resp. dem Verzicht des Ersteren auf seine bisherige Forderung. Auch hier entstehe daher ein wahres Darlehn. Wir sind dagegen der Ansicht, dass eine doppelte Fingierung von Solution der ursprünglichen Schuld und Numeration der Darlehnsvaluta im Einklang mit den Quellen am besten das

[1]) Endemanns Handbuch des Deutschen Handelsrechts B. III S. 833—53.

[2]) Pand. II S. 231.

[3]) a. a. O. S. 589.

[4]) a. a. O. S. 85.

Zustandekommen eines wirklichen Darlehns erklärt. Die Thatsache, dass die Vereinbarung im Sinne unseres Themas die Konstruktion eines materiellen Darlehns zulässt, ist im justinianischen Recht allgemein anerkannt worden. Dafür spricht ausserdem der Umstand, dass die l 15 cit. in dem ex professo die Darlehnslehre behandelnden Titel steht. Für das gemeine Recht nehmen noch manche[1] die Beschränkung an, dass eine solche Umwandlung in ein wirkliches Darlehn nur dann möglich sei, wenn sich auch wirklich Geld aus dem Vermögen des Gläubigers in den Händen des Schuldners befinde, — wie z. B., wenn ein Mandatar Gelder für seinen Mandanten einkassiert habe, aber nicht auch dann, wenn eine Schuld in anderer Weise entstanden sei —. Wir können aber mit Vangerow[2] weder in den Gesetzen, noch in der Natur der Sache einen entscheidenden Grund für diese angebliche Beschränkung finden.

Durch § 607,2 BGB. wird nachweislich der Materialien lediglich darauf hingewiesen, dass die Vereinbarung das Geld als Darlehn schulden zu wollen gültig und an sich das Fundament einer Klage abzugeben geeignet sei. Offen bleibt die Frage, ob in dieser positiv anerkannten Form eines Darlehnsvertrages ein wirkliches, materielles Darlehn enthalten ist. Die Wissenschaft hat also bezüglich der Konstruktion hier freie Hand. Vorstehende Ausführungen über die Möglichkeit der Begründung eines wirklichen Darlehns sind daher auch als für das BGB. zutreffend anzusehen. So entscheidet

---

[1]) so Brinz Pand. S. 390 fg.
Keller „ § 295 bes. Römer a. a. O. S. 8 ff.

[2]) a. a. O. S. 398 ff.

auch Klemperer,[1] der gleichfalls von der Realnatur des Darlehns ausgeht, seine Konstruktion aber mit Wendt auf Kompensation gründet: „Kann die Darlehnsvaluta mittelbar gegeben werden — von einem Dritten, oder an einen Dritten oder beides zugleich —, kann das Darlehn sachlich vermittelt werden durch Wertpapiere oder durch Hingabe einer Sache zum Verkaufe, kann das Darlehn ohne Eigentumsübertragung begründet werden durch die Umschreibung seitens des angewiesenen Bankiers auf den Konten des Darlehnsgebers oder Darlehnsnehmers, kann die Valuta beliebig durch Geben und Nehmen an Zahlungsstatt berichtigt werden, so ist nicht einzusehen, warum die Berichtigung nicht auch durch die Aufrechnung mit einer schon bestehenden anderen Schuld soll erfolgen können, nicht durch einseitige, sondern durch die vertragsmässige Aufrechnung, durch die conventio, ut credita pecunia fiat.“ Die Litteratur über das BGB. statuiert durchweg die Möglichkeit einer materiellen Darlehnsbegründung durch § 607,2. Ob diese sich aber auf fingierte Solution und Numeration oder auf Kompensation oder endlich auf die Auffassung von der Natur des Darlehns als eines Konsensualkontraktes stützen soll, wird regelmässig nicht näher angegeben. Mit uns auf fingierte Solution und Numeration stützt Fischer-Henle[2] die Konstruktion eines materiellen Darlehns. Jede andere Auffassung widerspräche der Realnatur des Darlehns. Nach Schollmeyer[3] wird gleichfalls das durch

[1]) Gruchot's Beiträge B. 43 S. 577 ff.
[2]) a. a. O. Ausg. 1897 zu 607,2.
[3]) Bürg. Recht zu § 607,2.

§ 607,2 begründete Darlehn so angesehen, als hätte der Schuldner die geschuldete Sache dem Gläubiger geleistet, sie aber als Darlehnsvaluta zurückerhalten.

§ 5.

Wie verhält sich aber die Konstruktion eines materiellen Darlehns zum prius debitum? Sollte hier etwa eine Novation vorliegen? Um diese Frage beantworten zu können, müssen wir der Natur der Novation kurze Betrachtung widmen und uns auch mit der Frage befassen, ob sich die Novation im gemeinen Recht und nach BGB. erhalten hat.

Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio;[1] die Aufhebung eines Schuldverhältnisses durch Begründung eines neuen auf dasselbe Ziel gerichteten.

Erfordert wird also:

a. Das Vorhandensein eines gültigen Schuldverhältnisses; Klagbarkeit dieser Obligation wird nicht verlangt. Demnach genügt auch die Naturalobligation.

b. eine neue, ebenfalls gültige Obligation.

c. der animus novandi, die auf Aufhebung des alten Schuldverhältnisses durch Begründung eines neuen gerichtete Absicht. Fehlt es an einer solchen, so besteht die neue Obligation neben der alten, und es kann der Gläubiger wählen, welche von beiden er geltend machen will; jedoch wird durch die Erfüllung der einen die andere aufgehoben.

[1]) l 1 pr. D. de novat. et deleg. 46,2.

Die Form der Novation war nach justinianischem Recht die Stipulatio. Da diese Form in das gemeine Recht nicht übergegangen ist, hat man auch die Möglichkeit einer Novation für das gemeine Recht leugnen wollen. Gneist[1] behauptet, es ergäbe sich aus der Anschauungsweise der formellen Verträge des gemeinen Rechts, dass im heutigen Recht die Novation im römischen Sinne nicht mehr vorkommen könne. Gide[2] findet, im modernen Recht sei die Novation mit der Stipulation verschwunden, da kein obligatorischer Vertrag die Stipulation der Römer in ihrer Wirksamkeit ersetzen könne. Liebe[3] meint, die Novation fordere eine solche Form, welche einen „selbständigen Rechtsstoff" produziere. Aber weder der quellenmässigen Begründung dieser Worte noch ihrer Bedeutung ist beizupflichten. Kniep[4] statuiert zwar die Novation auch durch formlosen Vertrag, verneint aber ihre Möglichkeit unter den ursprünglichen Subjekten. Keller[5] lässt eine Novation nur für diejenigen Verträge bestehen, die auch noch im gemeinen Recht einer Form bedürfen, wie z. B. der Wechselvertrag. Auch noch Bähr[6] kann die Novation nur durch formellen Vertrag vollzogen werden, weil die ihr korrespondierende Eigentumsübertragung solvendi causa auch abstrakt sei. Einen vollgültigen Beweis hierfür erbringt Bähr aber nicht. Dass die römisch rechtliche Novation als Form der Stipulation bedurfte,

[1]) a. a. O. S. 229.
[2]) a. a. O. S. 9 und 10.
[3]) a. a. O. S. 338.
[4]) a. a. O. S. 135.
[5]) Pand. S. 533 ff.
[6]) a. a. O. II. Aufl. 1867.

erklärt sich unseres Erachtens lediglich aus dem Umstande, dass die Stipulation überhaupt die regelmässige Form des obligatorischen Vertrages im römischen Rechte war. Heute ist das nudum pactum die regelmässige Form des obligatorischen Vertrages und es steht nichts im Wege, die Novation auch durch formlosen Vertrag anzuerkennen. Die Novation ist somit sowohl nach gemeinem Recht wie auch nach BGB. keineswegs ausgeschlossen.

Ein bedeutsames Moment der Novation, so bemerkt Dernburg[1], ist es, dass es sich um die Fortsetzung des einmal begründeten Kreditverhältnisses handelt. Daher dürfte die Definition der Novation als Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen kaum ausreichen, und unzutreffend wäre es, wenn Windscheid[2] lehre, dass das durch Novation geschaffene Forderungsrecht nicht bloss der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes sei. Von diesem Standpunkt aus müsste es auch Novation sein, wenn an Stelle eines Pachtvertrages ein Kaufgeschäft gesetzt oder ein Depositum in ein Kommodat umgewandelt würde. Und doch sei dies nicht der Fall, weil es sich in derartigen Fällen um Kreditverhältnisse von anderer Substanz als das alte handele. Auch nach Keller[3] besteht die Novation in der „Übertragung des wesentlichen Stoffes einer Obligation in eine neue Obligation.“ Untergang der alten Obligation als erkennbare und wirksame äussere Erscheinung durch die Entstehung einer neuen

[1]) Pand. 2 S. 165, Anm. 2.
[2]) Pand. II. § 353 Anm. 3 a.
[3]) Pand., zu Beginn des § 277.

Obligationsform, welche alles, was von dem Stoff der alten Obligation fortdauern soll, in sich aufgenommen hat, ist das Charakteristische der Novation. Diese Ausführungen unterstützt auch Crome,[1] wenn er lehrt, ein materielles Schuldverhältnis könne nicht durch Novation in ein anderes materiell charakterisiertes verwandelt werden, denn die causa des Novationsvertrages bestehe lediglich in der Aufhebung des alten Forderungsrechtes bezweck dem Ersatze desselben durch das neue und diesem Zwecke könnten nicht Geschäfte dienen, die schon eine andere materielle causa haben. Bei der Umwandlung eines Mietvertrages beispielsweise in einen Kauf findet sich aber auch nichts, was gerade das Wesen der Novation ausmacht. Nur das hat dieser Fall mit der Novation gemein, dass die bestehende Obligation aufgehoben und an ihre Stelle eine andere gesetzt wird; allein, das macht sie noch lange nicht zur Novation. In diesen Fällen hat die neue Obligation stets einen ganz anderen Inhalt als die alte. Diese lebt nicht mehr in der neuen fort, den Inhalt der neuen Obligation bildet nicht die aus der alten geschuldete Leistung als solche, sondern, wie gesagt, eine ganz andere Leistung. Wir gelangen somit zu dem für unsere Aufgabe so wichtigen Grundsatz: „In der Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll, kann für den Fall, dass durch sie ein wirkliches Darlehn begründet wird, keine Novation liegen.

Die Verschiedenheit der Novation speziell von der Umwandlung in ein wirkliches Darlehn schildert uns vortreff-

[1]) Grundl. des franz. Oblgr. S. 332.

lich Salkowski[1]: „Wenn es nun auch rechtlich möglich ist, jede Schuld durch nudum pactum in ein materielles Darlehn zu verwandeln, so muss doch die prinzipielle Verschiedenheit einer solchen Schuldverwandlung von der Novation einleuchten. Die ganze äussere Ähnlichkeit besteht darin, dass dieselben Hundert, die etwa aus Kauf, Miete u. s. w. geschuldet werden, dass sie nicht mehr mit der actio empti, locati, sondern nur mit der actio certae pecuniae creditae gefordert werden können. Aber sehen wir genauer zu, so werden wir finden, dass eben auch nur, man könnte fast sagen, das körperliche Substrat, die beiden Obligationen dasselbe geblieben sind, nicht das prius debitum ist in die neue Obligation transferiert, nicht die Hundert als bereits ex empto u. s. w. geschuldet bilden den Gegenstand des Darlehns, sondern immer nur Hundert an und für sich, und es erscheint als ein ganz zufälliger, juristisch irrelevanter Umstand, dass der Darlehnsempfänger bereits aus einer früheren causa dem Darlehnsgeber hundert schuldete. Es findet also keine juristische Wechselwirkung zwischen beiden Obligationen statt, sie bedingen sich nicht gegenseitig. Das mutuum bildet nicht etwa eine causa für das quod ex priore obligatione debetur, sondern es ist ein selbstständiger Kontrakt. Die alte Forderung ist vollständig zerstört, und an ihre Stelle tritt eine ganz neue, die mit jener nur äusserlich durch die Gleichheit der geschuldeten Summe zusammenhängt. Aufhebung einer alten und Konstituierung einer neuen Obligation fallen hier begrifflich auseinander und sind nur aus Facilitätsrücksichten mechanisch zusammengeschweisst, denn die

[1]) a. a. O. 71 ff.

Verpflichtung des Schuldners aus der bisherigen Obligation wird getilgt durch fingierte Solution der geschuldeten Summe, die neue Obligation, das mutuum, entsteht durch fingierte Hingabe derselben Summe von dem Gläubiger an den Schuldner und nur celeritate conjungendarum inter se actionum una obligatio occultatur."

Das BGB. behandelt die Novation nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut. Sie ist wesentlich überholt durch die moderne Ausbildung von Cession und Schuldübernahme. Das BGB. wiederholt im § 364,2 den dem heutigen Rechtsverkehr entnommenen Satz, dass, wenn der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers eine neue Verbindlichkeit übernimmt, die Vermutung gegen eine Hingabe an Zahlungsstatt, also gegen die Aufhebung der alten Obligation spricht. Doch da das BGB. das Prinzip der Vertragsfreiheit hat, so sind auch nach ihm Novationen zulässig, wenn die Parteiabsicht darauf gerichtet ist. Hierüber schreibt Oertmann[1]: „Denkbar ist es auch in Zukunft, dass die Parteien im neuen Versprechen einen Schuldumwandlungsakt nach Art der alten Novation vollziehen wollen. Sie können das thun, indem sie die zwei Akte des Erlasses des alten und des abstrakten Versprechens der neuen Schuld in eine kausale Verknüpfung bringen." In Übereinstimmung mit den von uns oben für das gemeine Recht dargelegten Grundsätzen über die Umwandlung einer Geldschuld in ein wirkliches Darlehn bemerkt Fischer-Henle[2] auch bezüglich des BGB.

---

[1]) a. a. O. S. 35, Anm. 2 u.

[2]) a. a. O. Ausg. 1898, Anm. 5 zu 607,2.

„Da das Darlehn ein Realvertrag ist, kann die ursprüngliche Schuld nicht in eine Darlehnsschuld noviert werden.“ Demgegenüber behauptet Engelmann[1] mit Unrecht: Es kann auch eine aus einem anderen Grunde entstandene Schuld in ein Darlehn durch Novation verwandelt werden. Desgleichen ist Endemann's[2] Ansicht, der Vorgang wäre als Novation aufzufassen, zu verwerfen. Auch Dernburg[3] setzt sich sowohl mit der herrschenden Meinung als auch merkwürdiger Weise mit seiner eigenen Pandektenlehre[4] in Widerspruch, indem er in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts den Satz aufstellt: „Allerdings aber kann auch beabsichtigt sein, an die Stelle der alten Schuld eine Darlehnsschuld zu setzen, also eine Novation eintreten zu lassen.“ Oder sollte etwa Dernburg unter Novation neuerdings nicht die Aufhebung einer Forderung „durch“ Begründung einer neuen Obligation, sondern die Tilgung der ursprünglichen Schuld „und“ Konstituierung eines Darlehnsvertrages verstehen? Wir fassen das Ergebnis unserer Betrachtung kurz zusammen:

„Wird durch unsere Vereinbarung ein wirkliches Darlehn begründet, so ist eine Novation ausgeschlossen.“ Das Verhältnis des Darlehns zum prius debitum ist dieses: „Die Aufhebung der alten Obligation wird durch wirkliche Zahlung, deren Gegenstand darauf zur Begründung einer selbständigen Darlehnsschuld dient, angenommen, nur dass der Kürze halber die wirkliche Zahlung unterbleibt.“

---

[1]) a. a. O. S. 292.
[2]) a. a. O. zu 607,2.
[3]) Lehrb. des bürgerl. R. II, S. 206.
[4]) cf. S. 27 der Arbeit.

II. 2.

Der Wille der Parteien braucht aber nicht immer auf die Begründung eines wirklichen Darlehns gerichtet zu sein. Oft handelt es sich nur darum, dem Gläubiger eine Beweissicherung oder ausser dem alten einen neuen Schuldtitel zu verschaffen, also um Zahlungsversprechen oder Schuldanerkenntnis. Es soll nun in folgendem untersucht werden, ob die Natur unserer Vereinbarung auch die Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit zulässt. Es empfiehlt sich zuvor die abstrakten Verträge kurz zu charakterisieren.

§ 6. a.

Abstrakte Rechtsgeschäfte sind im Gegensatz zu kausalen solche, bei denen das Eintreten des Rechtserfolges unabhängig ist von der Verwirklichung der causa, welche die Beteiligten dabei im Auge hatten. Einen Bestimmungsgrund weisen zwar auch die abstrakten Rechtsgeschäfte auf, denn ohne einen solchen ist kein Rechtsgeschäft denkbar. Aber die Parteien lösen den Schuldvertrag von dieser causa debendi los, „sie machen ihn unabhängig von ihm, der Schuldner verspricht seine Leistung schlechthin und der Gläubiger nimmt sie schlechthin an.“[1] Die abstrakten Rechtsgeschäfte haben im Verkehr vor den materiellen Verträgen das voraus, dass sie eine einfache klar zu beweisende Verpflichtung begründen, die sich nicht entkräften lässt durch Mängel, welche dem zu Grunde liegenden Schuldverhältnisse anhaften. Deshalb dienen

[1]) a a. O. S. 586. Cosack.

sie besonders als Einkleideform für jede Art von Schuldverpflichtung.

Bei den Römern begründete die Stipulation und der Litteralkontrakt eine abstrakte Schuldverbindlichkeit. Über die Stipulation wurde eine Urkunde aufgenommen, welche entweder nur den Stipulationsvorgang selbst bezeugte — sog. cautio indiscreta s. quae indiskrete loquitur — oder ausserdem noch das der Verpflichtung zu Grunde liegende Rechtsgeschäft benannte — sog. cautio discreta. Bald verwandelte sich die Stipulatio in einen Litteralkontrakt, indem nämlich die Stipulationsförmlichkeiten als geschehen angesehen wurden, sobald eine cautio aufgenommen war. Zur Zeit Justinian's muss die Stipulation bereits manches von ihrer abstrakten Natur eingebüsst haben; denn aus der l. 3 C. 4, 30 und l. 25 § 4. D. 22,3 geht hervor, dass die cautio quae indiscrete loquitur für nicht beweistüchtig erachtet wurde. Demgemäss hielt die ältere gemeinrechtliche Lehre daran fest, dass ein Schuldversprechen oder Anerkenntnis ohne Angabe der causa kein selbständiges Klagfundament bilde, erkannte also nur kausale Schuldverträge an. Im neueren gemeinen Recht knüpft sich die Auffassung von der Anerkennung als einem selbstständigen Verpflichtungsgrund an den Vorgang von Bähr.[1] Unter dem Gesichtspunkte einer darin liegenden konstitutiven Anerkennung hat er insbesondere auch die Wirksamkeit eines lediglich abstrakten Schuldscheines und Versprechens behauptet, während Windscheid[2] auf Grund der oben angeführten Quellenstellen wenigstens

[1]) Anerkennung als Verpflichtungsgrund.
[2]) Pand. § 412[b].

eine Angabe des Schuldgrundes im allgemeinen für erforderlich erachtet. Das BGB. hat sich der Anschauung Bähr's angeschlossen trotz einzelner rechtspolitischer Bedenken. Es erkennt in den § 780 ff. zwei Arten reiner Schuldverträge an:

α. Das Schuldversprechen, d. h. einen Vertrag, durch den die Leistung in der Weise versprochen wird, dass das Versprechen die Verpflichtung selbständig begründen soll, und

β. das Schuldanerkenntnis, d. h. einen Vertrag, durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird. Schuldversprechen und Anerkenntnis berühren sich nach BGB. auf's nächste. Vom Schuldversprechen unterscheidet sich das Schuldanerkenntnis dadurch, dass bei ersterem eine neue Verbindlichkeit geschaffen, bei letzterem dagegen eine bestehende anerkannt wird. Aber der Unterschied ist nur theoretischer Natur. In Wirklichkeit lassen sich beide Verträge nicht auseinander halten.[1] Häufig wird ein Schuldanerkenntnis ausgesprochen in der Absicht, eine neue Verbindlichkeit zu begründen. Man wird hiernach unbedenklich beim Schuldanerkenntnis dieselben Grundsätze anwenden können, wie beim Schuldversprechen.

Schuldversprechen und Anerkenntnis können den rechtlichen Zweck ganz verschweigen oder in einer gewissen Allgemeinheit benennen oder in allen Einzelheiten in sich aufnehmen. Sie sind demnach mehr oder weniger diskret oder indiskret —, absolut und relativ abstrakte Akte.[2] — Der selbständige Verpflichtungs-

[1]) cf. auch Dernburg BGB. II, S. 196.
[2]) Motiv S. 688.

wille ist auch im letzteren Falle nicht ausgeschlossen. Ob der Wille des Schuldners vorliegt, sich unabhängig von dem eigentlichen Zweck zu verpflichten, ist eine Auslegungsfrage.

§ 7. 2b.

Die gemeinrechtliche Theorie hat im Anschluss an Bähr[1] überwiegend angenommen, das Charakteristische der Vereinbarung, geschuldetes Geld künftighin als Darlehn schulden zu wollen, bestünde darin, dass hier eine akstrakte Geldschuld geschaffen werde, für welche das Wort Darlehn nur den Namen hergäbe. Ich habe so und soviel als Darlehn bekommen, heisst nach ihm: „ich will so und soviel schuldig sein." Der Darlehnsschein sei in diesen Fällen nichts anderes als eine stipulatio debiti, ein abstraktes Schuldversprechen, welches von dem materiellen Rechtsgeschäft nur den Namen erborge. In ein wirkliches Darlehn könne eine bestehende Schuld ebensowenig verwandelt werden, als in irgend eine andere materielle Schuld. Das Leben möge sich daher mit dem Worte Darlehn helfen, die Wissenschaft solle sich nicht mit dem Begriff Darlehn täuschen. Aus diesen Ausführungen entnehmen wir mit v. Schey[2], dass Bähr die Konstruktion eines materiellen Dahrlehnsvertrages durch unsere Vereinbarung überhaupt leugnet. Augenscheinlich stützt sich hier Bähr auf die Doktrin des 16. Jahrhunderts. Schon Cujacius[3] und

[1]) a. a. O. II. Aufl., § 62a.
[2]) a. a. O. S. 86, Anm. 11.
[3]) Comment. ad Tit. II. lib. IV. codicis l. 6.

Donellus[1] nehmen an, dass die Absicht der Parteien nicht wirklich und ernstlich auf die Verwandlung der Kaufschuld in ein Darlehn gerichtet gewesen sei, sondern nur fälschlich die Schuld als Darlehnsschuld bezeichnet worden sei. Wir verkennen nicht, dass unsere Vereinbarung auch eine abstrakte Schuldverbindlichkeit ins Leben rufen kann. Braucht doch die Parteiabsicht keineswegs immer auf die Begründung eines materiellen Darlehns gerichtet zu sein. Ist es dem Gläubiger doch sehr oft nur darum zu thun, dass der Schuldner seine Verpflichtung aus einem Kauf, Kommodat u. s. w. anerkennt, um eine Neuordnung der beiderseitigen Rechtsverhältnisse vorzunehmen. Dies geschieht dann eben dadurch, dass die Parteien eine Vereinbarung im Sinne unseres Themas treffen. Die Schuld wird zwar als Darlehnsschuld bezeichnet. Das ändert jedoch nichts, wie wir oben gesehen haben, an der abstrakten Natur des Vertrages. Giebt man doch in den meisten Fällen einen Bestimmungsgrund an „nicht in der Absicht, eine Verpflichtung hiervon abhängig zu machen und nicht zu dem Zwecke damit den wahren Grund der Schuld zu bezeichnen, sondern als eine Floskel, sodass man sie nicht selten braucht gerade zu dem Zwecke, den wahren Vorgang zu verhüllen.“ [2]

Dass auch die gemeinrechtliche Praxis nicht selten die Konstruktion einer abstrakten Verbindlichkeit annimmt, bekunden manche Entscheidungen oberster Gerichte. Seuffert führt einen diesbezüglichen Fall an.[3]

[1]) Comment. ad Tit. Dig. de reb. cred. Nr. 33 in Donelli Icti Comment. ad titulos Digestorum qui infra scripti sunt Antwerpiae 1582 p. 114.

[2]) Dernburg, bürgerl. R. II. S. 196.

[3]) Bd. 17, No. 236.

Hier wurde bei der auf die Behauptung, der Beklagte sei aus Lieferungen die eingeklagte Summe schuldig gewesen und diese Schuld sei durch beiderseitige Übereinkunft in eine Darlehnsschuld verwandelt worden, gestützten Klage der Kläger lediglich für diese letztere Behauptung für beweispflichtig erklärt; „in der Übereinkunft liege die Anerkennung des früheren Rechtsverhältnisses und diese Anerkennung sei zum Nachweise der alten Schuld ausreichend."

Bähr geht zu weit, wenn er behauptet, unsere Vereinbarung müsse stets eine abstrakte Schuldverbindlichkeit begründen. Massgebend ist offenbar die Parteiabsicht. Dass diese auf die Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit gerichtet sein kann, geben wir zu, man geht aber zu weit, wenn man behauptet, sie müsse immer darauf gerichtet sein. Das beweisen unsere Ausführungen von der Konstruktion eines wirklichen Darlehns. Wir sind im Gegensatz zu Bähr der Ansicht, dass die Präsumtion für die materielle Darlehnsbegründung spricht, wenn die Parteien über ihre Vereinbarung eine Urkunde aufgenommen haben. Die Urkunde ist doch zunächst so zu nehmen, wie sie sich giebt, nämlich als Beweis über die Zuzählung des Darlehns. Dieser Beweis kann durch Gegenbeweis der nicht empfangenen Valuta entkräftet werden. Dann mag der Gläubiger darthun, dass die Darlehnskausa simuliert, die wahre causa Schuldanerkennung ist. Im übrigen ist es Aufgabe der Auslegung, zu prüfen, ob nicht trotz der gleichen äusseren Erscheinung des Geschäfts der Zweck desselben ein anderer ist.

Die Motive zum BGB. lassen uns, wie früher schon erwähnt, bei der Frage nach der Natur der Vereinbarung im Stich. Während man von der einen Seite ausschliesslich für materielles Darlehn stimmt, wird von anderer Seite ebenso lebhaft geltend gemacht, es handelt sich hier um das Anerkenntnis eines Schuldverhältnisses, in welchem der Betrag festgestellt werde. Die Bezeichnung der Schuld als eine Darlehnsschuld eigne sich ganz besonders für ein abstraktes Versprechen. Bei der Erörterung über Schuldanerkenntnis wurde dann das Darlehn als die am meisten übliche Form des abstrakten Schuldverhältnisses, welches den Verpflichtungsgrund nicht unerwähnt lasse, bezeichnet.[1] Demgegenüber betonen wir, dass wie nach gemeinem Recht, so auch nach BGB. durch die Vereinbarung im Sinne unseres Themas eine abstrakte Schuldverbindlichkeit wohl begründet werden kann, aber nur dann, wenn die Parteiabsicht auf eine solche gerichtet ist und, soweit das BGB. in Betracht kommt, die von diesem in §§ 780, 782 vorgeschriebene Form gewahrt wird. Nicht anders sind auch unseres Erachtens die Worte Cosack's[2] zu deuten, nach dem die Parteien eine verwickelte Geldverpflichtung, die, aus einem Kauf, Vermächtnisse u. s. w. entspringt, als Darlehnsschuld „anzuerkennen" pflegen, weil sie sie damit wesentlich vereinfachen.

§ 8. 2c.

Wie verhält sich nun die Konstruktion einer abstrakten Schuldverbindlichkeit zur ursprünglichen Schuld?

---

[1]) Prot. V. S. 2586.
[2]) a. a. O. § 183.

Die Annahme eines materiellen Darlehns schliesst eine Novation aus, die Begründung einer abstrakten Schuld lässt eine solche sehr wohl zu. „Bekennt sich der Schuldner zum Darlehnschuldner lediglich in dem Sinne, um sich zum Schuldner überhaupt zu machen, so kommt eine Novation zustande, aber der Schuldner ist eben nicht Darlehnsschuldner.“ [1] „Haben die Parteien keinen materiellen Darlehnsvertrag beabsichtigt, so ist das Darlehn nur der Name für ein Schuldversprechen, dessen causa verschiedenartig sein kann, also gegebenenfalls auch Novation.“ [2] Denn ausser dem prius debitum und der neuen ebenfalls gültigen Obligation kann der animus novandi der Parteien vorhanden sein. Es wird auch nicht ein materielles Schuldverhältnis in ein anderes materiell charakterisiertes verwandelt. Eine Novation braucht aber nicht in der Annahme einer abstrakten Schuld zu liegen. Schon die Römer benutzten die Stipulation nicht ausschliesslich zur Novation. Die durch Stipulation begründete Obligation trat beim Fehlen des animus novandi neben die andere. Auch heute können Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis konkurrierend neben die alte Obligation treten; denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Parteien z. B. lediglich durch Gewinnung eines neuen Klagegrundes eine prozessualische Sicherheit zu erlangen bezwecken.[3] Für diesen Zweck ist es keineswegs erforderlich, dass gleichzeitig mit Begründung der neuen Obligation

[1]) Windscheid, a. a. O. S. 316.

[2]) Crome, Grundzüge des franz. Obligationenrechtes. S. 332.

[3]) cf. auch Hruza, a. a. O. S. 102 Anm.: „Der Zweck des accessorischen Schuldversprechens ist die Schaffung eines neuen zweiten Klagegrundes für eine bereits bestehende Schuld.“

die ältere zu existieren aufhört, vielmehr wird jener Zweck umsomehr erreicht, wenn neben der neuen Obligation die ursprüngliche Forderung bestehen bleibt.

II. Teil.

Die Wirkungen der Vereinbarung, dass geschuldetes Geld künftighin als Darlehn geschuldet werden soll, sind natürlich verschieden, jenachdem wir einen materiellen Darlehnsvertrag oder eine abstrakte Schuldverbindlichkeit novatorischer oder accessorischer Natur anzunehmen haben. Sie richten sich bezüglich des materiellen Darlehns nach den Vorschriften der §§ 608 bis 610. Bei der Begründung einer abstrakten Schuld bestimmen sich die Wirkungen nach den über Schuldversprechen und Anerkenntnis aufgestellten Grundsätzen §§ 780 ff.

Welches sind nun die Wirkungen im einzelnen?

§ 9. a.

α. Hinsichtlich der Klagebegründung braucht sich bei der Annahme eines abstrakten Versprechens der Kläger nur auf das abstrakte Schuldversprechen als selbständigen Verpflichtungsgrund zu berufen. Zur Substanziierung der Klage genügt die Vorlegung des Schuldscheines und die Darlegung, dass das Versprechen angenommen ist. Die dem abstrakten Rechtsgeschäft zu Grunde liegende causa kommt bei der Klagebegründung überhaupt nicht in Betracht. Der Kläger braucht sie

also nicht zu beweisen. Darin liegt eben die grosse praktische Bedeutung des abstrakten Schuldvertrages, dass er durch Loslösung von der unterliegenden causa ein genügendes Klagfundament abgiebt, und es Sache des Schuldners ist, durch Zurückgreifen auf die causa seine durch den abstrakten Vertrag an sich begründete Verbindlichkeit als nicht begründet zu erweisen. Es ergiebt sich demnach als Wirkung gewissermassen eine Umkehrung der Beweislast.

β. Der Schuldner kann das abstrakte Versprechen wie einen in das Vermögen des Klägers übergegangenen Vermögenswert nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung kondicieren. Denn § 812 BGB. bestimmt: „Wer durch die Leistung eines anderen oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet. Der Schuldner muss aber dann den Nachweis erbringen, dass er das Schuldversprechen zum Zwecke der Tilgung einer nicht vorhandenen Verbindlichkeit abgegeben hat. Voraussetzung einer erfolgreichen Anfechtung war nach gemeinem Recht, dass die Leistung in einem entschuldbaren Irrtum erfolgte. Dagegen kommt es nach BGB. auf die Entschuldbarkeit des Irrtums nicht an. Der Irrtum braucht auch vom Kläger nicht besonders bewiesen zu werden, da er aus dem dargelegten Thatbestande von selbst folgt. Es hat daher der Gläubiger dem Schuldner die Kenntnis von dem Mangel einer Schuld nachzuweisen. Aber nicht nur in dem Falle, in dem der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, ist die condictio ausgeschlossen, auch dann, wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder

einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach, ist sie unzulässig. — § 814 BGB.

γ. Hat sich der Kläger ohne rechtlichen Grund verpflichtet, so kann er die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist. — § 821 BGB.

δ. Der Schuldner kann ferner ohne auf das unterliegende Schuldverhältnis bezug zu nehmen, den abstrakten Vertrag als solchen wie jeden anderen Vertrag nach den Regeln der §§ 119—124 wegen Irrtums, arglistiger Täuschung und Drohung anfechten. Die Anfechtung muss jedoch unverzüglich erfolgen und hat dann nach § 142 die Wirkung, dass das Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig angesehen wird.

ε. Hinsichtlich der Form wird vom BGB. im Gegensatz zum gemeinen Recht Schriftlichkeit verlangt. Erfolgen Schuldversprechen oder Anerkenntnis auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleiches, so ist Formlosigkeit statthaft. — § 780—82.

ζ. Wir haben uns nunmehr mit der wichtigen Frage zu befassen, ob eine Naturalobligation die genügende Grundlage einer abstrakten Schuldverbindlichkeit abzugeben im stande ist. Der Kürze halber nehmen wir nur diejenigen Fälle des gemeinen Rechtes heraus, die auch nach BGB. als Naturalobligationen von grösserer Bedeutung sind. Anlangend zunächst die verjährten Forderungen, so können diese sowohl nach gemeinem Recht, wie auch nach BGB. durch Schuldanerkenntnis klagbar gemacht werden. Dasselbe gilt bezüglich des gemeinen Rechts für Spiel- und Wettschulden, nach BGB. § 762 Abs. 2 aber sollen diese nicht dadurch

verbindlich werden können, dass der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung dem gewinnenden Teil gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere ein Schuldanerkenntnis abgiebt. Hier sollen also die Mängel der dem abstrakten Rechtsgeschäft zu Grunde liegenden causa selbst dann bestehen, wenn sie nach der Parteiabsicht geheilt werden sollten. Während das gemeine Recht dem Ehemäklerlohn die Klagbarkeit nicht versagte, erklärt ihn das BGB. für eine natürliche Verbindlichkeit, deren Unklagbarkeit nach dem zweifelsfreien Wortlaut des Gesetzes unmittelbar auch das abstrakte Versprechen trifft. — § 656.

η. Welche Wirkungen zeitigt unsere Vereinbarung, wenn durch sie ein Schenkungsversprechen anerkannt werden soll? Nach gemeinem Recht bedurften Schenkungsversprechen über 500 Solidi der gerichtlichen Insinuation. Die Anerkennung als solche konnte formlos erfolgen. Ob durch eine solche formlose Anerkennung ein Schenkungsversprechen, das der erforderlichen Genehmigung entbehrte, klagbar gemacht wurde, ist für das gemeine Recht zu verneinen. Auch das BGB. bestimmt in § 518 ausdrücklich, dass für ein Schuldversprechen oder Anerkenntnis, sofern ein solches schenkweise erteilt wird, die in § 780—82 vorgeschriebene Form keineswegs ausreicht, sondern gerichtliche oder notarielle Beurkundung gefordert wird. Auf den hier in Betracht kommenden § 518 verweist auch § 781_2: „Ist für die Begründung eines Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form.“

δ. Für das abstrakte Schuldverhältnis gilt die gewöhnliche Verjährungspflicht von dreissig Jahren, auch wenn für die zu Grunde liegende Forderung eine kürzere Verjährungsfrist bestand. Doch können die Parteien vereinbaren, dass die letztere auch hinsichtlich der Forderung aus dem Schuldversprechen Anwendung finden soll. Eine solche Vereinbarung, meint Planck[1] wird regelmässig anzunehmen sein, wenn in dem Schuldschein eine Forderung, für welche eine kürzere Verjährungsfrist besteht, als Rechtsgrund für das Schuldversprechen angegeben wird.

Die hier aufgezählten Wirkungen sind sowohl dem novatorischen wie accessorischen Schuldversprechen gemeinsam.

Wie steht es nun mit den Verschiedenheiten?

§ 10. b.

α. β. Eine Hauptwirkung der novatorischen Schuldanerkennung ist die Zerstörung der prior obligatio, sie hebt die zu novierende Forderung ipso jure auf. Ein Zurückgreifen des Gläubigers auf die alte Forderung ist also ausgeschlossen. Mit der Zerstörung der Forderung gehen auch die Privilegien derselben unter, es sei denn, dass die Parteien ausdrücklich das Gegenteil vereinbaren; denn Bürgschaften, Pfandrechte u. s. w. sind accessorischer Natur, sie folgen dem Schicksal des Hauptrechtes. Mit dem

[1]) a. a. O. Anm. zu § 780—82.

γ. Untergang der alten Forderung hören auch die Zinsen zu laufen auf. Dies ergiebt sich für die gesetzlichen Zinsen, insbesondere für die Verzugszinsen aus dem Wegfall des Rechtsgrundes, aus welchem sie bisher gefordert wurden. Für die vertragsmässigen Zinsen ist der Grund ihres Unterganges ihr accessorischer Charakter, da sie nach der Zerstörung der Hauptforderung selbständig

δ. nicht mehr fortbestehen können. Durch die navotorische Schuldanerkennung wird ferner die vorhandene mora des Schuldners aufgehoben;[1] denn auch die mora ist ohne die Obligation, deren Erweiterung sie ist, nicht denkbar.

Anders die Wirkung der accessorischen Schuldanerkennung.

Hier bleibt das prius debitum bestehen und es

α. steht dem Gläubiger frei, beide Forderungen geltend zu machen. Denn für ein und dasselbe materielle Recht sind formell mehrere Verpflichtungsgründe vorhanden, deren jede eine selbständige Klage begründet. Da aber die verschiedenen Obligationen ihren Inhalt aus ein und demselben Rechtsstoff entnehmen, so kann der Gegenstand derselben nur einmal begehrt werden.[2] Damit soll aber nicht gesagt sein, dass den Kläger die Einrede der Rechtshängigkeit ausschliesst, wenn er aus einem Schuldgrunde geklagt hat und nachher aus dem anderen Grunde Klage erhebt; eine Zahlung aber

---

[1]) cf. auch l. 8. pr. D. h. t. 46,2.
l. 29 § 1 D. de V. O.

[2]) l. 8 § 5 de nov. l. 57 de R. J. Bona fides non patitur in bis idem exagitur.

tilgt hier beide Obligationen. Aus dem Fortbestehen der prior obligatio erklärt sich auch das Weiterbestehen der mit ihr verknüpften Bürg-
β. γ. schaften und Pfandrechte, das Fortlaufen der
δ. Zinsen, das Andauern der mora.

§ 11. 2.

Noch anders gestalten sich die Wirkungen unserer Vereinbarung, wenn durch sie ein wirkliches Darlehn begründet wird. Es finden dann selbstverständlich die Darlehnsvorschriften der §§ 607—10 Anwendung.

α. Bei der Substanciierung der Klage braucht der Gläubiger keineswegs auf den rechtlichen Bestand der früheren Obligation zurückzugreifen; denn diese ist ein für alle Mal aus der Welt geschafft. Er hat nur nachzuweisen, dass zwischen ihm und dem Schuldner die Vereinbarung getroffen wurde, der Schuldner dürfe das geschuldete Geld als wirkliches Darlehn behalten.

β. Hat die vorausgesetzte ursprüngliche Verbindlichkeit in Wirklichkeit nicht bestanden, und ist deren Vorhandensein von dem Schuldner in entschuldbarem Irrtum angenommen worden, so kann er die auf Aufhebung dieser Schuld gerichtete fingierte Zahlung mit der condictio indebiti rückgängig machen. Diese hat hier nicht die Natur einer condictio indebiti promissi, sondern einer condictio indebiti soluti. Die Entschuldbarkeit des Irrtums wird vom BGB., wie oben bereits erwähnt, nicht gefordert. Auch hier hat der Gläubiger dem Schuldner die Kenntnis von dem Mangel einer Schuld nachzuweisen. Richtig bemerkt hierzu Klemperer[1]:

[1]) a. a. O. S. 578,

„Ist gegebenenfalls die Konstruktion eines materiellen Darlehns möglich, so wird man auch die Konsequenzen ziehen müssen, dass nun nicht mehr wie gegen die Novationsstipulation die condictio indebiti promissi, sondern nur noch die cond. ind. soluti zulässig ist.

γ. Der Darlehnsvertrag selbst unterliegt, wie das abstrakte Schuldversprechen, der Anfechtung nach den Regeln der §§ 119—24.

δ. Dagegen wird die für das abstrakte Versprechen erforderliche Form der Schriftlichkeit für den Darlehnsvertrag nicht verlangt.

ε. Die Einrede, die ursprüngliche Schuld sei eine solche aus verjährter Forderung, Spiel und Wette, Heiratsvermittelungsgebühr ist ausgeschlossen; denn da die Konstruktion eines materiellen Darlehns die Solution der alten Schuld fingiert, so gilt die prior obligatio als vollständig aus der Welt geschafft.

ζ. Ebenso unzulässig ist der Einwand, die ursprüngliche Schuld sei ein Schenkungsversprechen, dem die erforderliche Form fehle. Denn nach § 518,2 wird der Mangel der Form durch die Bewirkung der versprochenen Leistung — die Solutio wird von uns fingiert — geheilt.

η. Die Tilgung der alten Schuld erklärt auch:

1. Den Untergang der mit dieser verknüpften Privilegien, wie Pfänder, Bürgen u. s. w.
2. Das Aufhören des Zinslaufes,
3. Den Fortfall der mora.

ϑ. Die Verjährungsfrist ist für den Darlehnsvertrag die gleiche wie für den abstrakten Schuldvertrag.

ι. Die Kündigungsfrist für das Darlehn bestimmt sich nach den Vorschriften des § 609. Sie beträgt bei

Darlehn von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Summen von geringerem Betrage einen Monat. Der Schuldner einer unverzinslichen Summenschuld ist ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zur Rückzahlung berechtigt.

C.

§ 12.

Die Natur unserer Vereinbarung ermöglicht also drei Auffassungen. Es wird entweder ein materielles Darlehn begründet oder eine abstrakte Schuldverbindlichkeit konstruiert, die accessorisch oder mit novatorischer Kraft ausgestattet sein kann. Eine vierte Auffassung, es läge eine blosse Vereinbarung über Stundung, Kündigung, Verzinsung oder sonstige Nebenpunkte der materiellen Schuld vor, ist von geringerer Bedeutung, weshalb wir uns nicht näher mit ihr befassen wollen. Nur aus dem aus den jeweiligen Umständen zu entnehmenden Parteiwillen lässt sich entscheiden, welche Auffassung konkreten Falls die zutreffende ist.

Welche Konstruktion wird nun wohl praktisch am häufigsten vorkommen? Wir meinen, die Begründung eines materiellen Darlehns wird praktisch nur selten vorkommen. Dem Darlehnsnehmer, der in ernstliche Darlehnsunterhandlungen getreten ist, wird mit einer Berichtigung der Darlehnsvaluta durch Verrechnung mit einer schon bestehenden Schuld wenig genützt sein. Die Regel wird demnach eine abstrakte Schuldverbindlichkeit sein.[1] Ob diese mit novatorischer oder accessorischer

[1]) Auch nach Planck, a. a. O. S. 344 bildet es die Regel, dass die Umwandlung eine Feststellung und Anerkennung der Schuld einschliessen soll.

Wirksamkeit ausgestattet ist, richtet sich zunächst nach der Parteiberedung. Wo diese keinen Aufschluss giebt, müssen natürlich die Umstände entscheiden.

Während die älteren römischen Juristen in vielen Fällen die Novationsabsicht vermuteten, — praesumta novatio —, schärft ein besonderes Gesetz Justinians l. 8. C. h. t., § 3 J. quib. mod. obl. toll. 3,23 ein, den Nachweis des animus novandi nicht für überflüssig zu halten und sich nicht an unzureichenden Vermutungen dafür genügen zu lassen: „generaliter sancimus voluntate solum esse non lege novandum.“ Die Novationsabsicht musste daher von demjenigen, der sich darauf berief, bewiesen werden. Dass aber diese Absicht gerade durch ausdrückliche Willenserklärung kundgegeben werden musste, lässt sich aus jener Konstitution nicht mit Bestimmtheit entnehmen. Nach gemeinem Recht kann also der Novationswille auch aus den Umständen entnommen werden; er wird nur nicht kraft Gesetzes vermutet.[1] Im BGB., das, wie erwähnt, die Novation nicht mehr als selbständiges Rechtsinstitut behandelt, spricht die Vermutung des § 364,2 gegen eine Hingabe an Zahlungsstatt, also gegen eine Aufhebung der alten Schuld. Kommt demnach bei unserer Vereinbarung der auf die Novation bezügliche Parteiwille nicht besonders zum Ausdruck, so haben wir praktisch am häufigsten eine abstrakte Schuldverbindlichkeit accessorischen Charakters anzunehmen.

[1]) RGE. 14, 210.

Lebenslauf.

Geboren wurde ich am 21. Juli 1879 zu Kaatsheuvel in der holländischen Provinz Nord-Brabant als Sohn deutscher Eltern, des Kaufmanns Jos. Hub. Schmitz und seiner Ehefrau Josefine, geb. Hoff. Von meinem zehnten Lebensjahre an besuchte ich das Gymnasium zu Crefeld und erlangte dort Ostern 1898 das Zeugnis der Reife. Darauf studierte ich Jurisprudenz an den Universitäten Tübingen, Berlin und Bonn. Das Referendarexamen bestand ich am 22. Juli 1901 beim Oberlandesgericht zu Cöln a. Rh. und beschäftigte mich sodann beim Amtsgericht zu Ürdingen a. Rh. Der mündlichen Doktorprüfung unterzog ich mich am 2. August 1901 bei der hohen Juristenfakultät der Universität Rostock. Nach Einreichung vorstehender Dissertation erfolgte meine Promotion im Februar 1902.